Der Falsus procurator im Schweizerischen Obligationenrecht

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Würde eines Doctor juris utriusque
der hohen juristischen Fakultät

der

Universität Bern

vorgelegt von

Hans Landtwing

von

Zug

Druck der Buch- und Kunstdruckerei J. Speck & Cie., Gutenberg, Zug
1929

Der Falsus procurator im Schweizerischen Obligationenrecht

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Würde eines Doctor juris utriusque
der hohen juristischen Fakultät

der

Universität Bern

vorgelegt von

Hans Landtwing

von

Zug

Druck der Buch- und Kunstdruckerei J. Speck & Cie., Gutenberg, Zug
1929

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Literaturangaben,

Aubry-Rau, Cours de droit français.

Becker, Kommentar zum schweizerischen Obligationenrecht.

Bermann, Geschäftsführung ohne Auftrag.

Brinz, Pandekten.

Buchka, Die Lehre von der Stellvertretung bei Eingehung von Verträgen, 1852.

Dernburg, Pandekten.

Dresdener Entwurf, 1866.

Egger, Kommentar zum schweizerischen Obligationenrecht.

Falkmann, Die Rechtsstellung des Boten.

Friedeberg, Hs., Die Verfügungsmacht des vollmachtlosen Stellvertreters über abgegebene Willenserklärung. Greifswald 1914.

Goldschmid, Bevollmächtigte und gewillkürte Stellvertretung, 1898.

Goetzinger, Kommentar zum schweizerischen Wechselrecht.

Hafner, Kommentar zum alten Obligationenrecht.

Hellmann, Stellvertretung, 1882.

Harms, Aug., Ein Beitrag zur Lehre von der Stellvertretung ohne Verfügungsmacht, 1911.

Hasenöhrl, Das österreichische Obligationenrecht, 1887.

Hupka, Haftung des Vertreters ohne Vertretungsmacht, 1903.

Hupka, Die Vollmacht, 1910.

Ihering, Culpa in Contrahendo.

Ihering, Jahrbücher für Dogmatik des bürgerlichen Rechts.

Krainz, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts.

Kolping, O., Bote, Stellvertreter, ein Vergleich, 1913.

Laband, Die Stellvertretung bei dem Abschluß von Rechtsgeschäften nach dem allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch, 1866.

Laband, Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten, 1794.

Laurent, Principes de droit civil.

Lenel, Stellvertretung und Vollmacht, in Iherings Jahrbüchern, Bd. 36, S. 4.

Marcusen, Das negative Vertragsinteresse im schweizerischen Obligationenrecht, in der Zeitschrift des bern. Juristenvereins, Bd. 26, S. 121.

Mitteis, Lehre von der Stellvertretung nach römischem Recht, 1885.
Mühlenbruch, Pandekten.
Oser, Kommentar zum schweizerischen Obligationenrecht.
Puchta, Pandekten.
Rabel, Der sogenannte Vertrauensschaden im schweizerischen Recht, in der Zeitschrift für schweizerisches Recht, 27. n. F., S. 291 ff.
Regelsberger, Pandekten, 1893.
Reichel, Vertragsabschluß in eigenem oder fremdem Namen, in S. J. Z., 16, S. 173 ff.
Reichel, Ungerechtfertigte Bereicherung bei vollmachtlosem Vertragsabschluß, in S. J. Z., 16, S. 37 ff.
Savigny, Obligationenrecht, 1853.
Seuffert, Lehre von der Ratihabitio, 1868.
Schliemann, Genehmigung bei vollmachtloser Stellvertretung nach gemeinem bürgerlichem Recht, 1902.
Schloßmann, Lehre von der Stellvertretung.
Staudinger, Kommentar zum BGB, 1912.
Staub, Kommentar zur Wechselordnung, VIII. Auflage, Berlin 1912.
v. Tuhr, Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts, I. Halbband, 1924.
Vangerow, Lehrbuch der Pandekten, 1869.
Windscheid, Pandekten, 1906.
Zimmermann, Ächte und unächte neg. gestio, 1873.
Zimmermann, Stellvertretender neg. gestor., 1876.

Inhaltsverzeichnis.

Seite

I. Über die historische Entwicklung 7

II. Begriff und Abgrenzung 10
a) Begriff 10
b) Abgrenzung gegenüber der neg. gestio 15
c) Abgrenzung gegenüber dem Boten 21

III. Die Verhältnisse zwischen den beteiligten Personen . . 25
a) Das Verhältnis zwischen Vertretenem und falsus procurator 25
b) Das Verhältnis zwischen Vertretenem und Drittem . . 26
c) Das Verhältnis zwischen Drittem und falsus procurator 36

IV. Haftung des falsus procurator 40
a) Allgemeines über die Haftung 40
b) Rechtsgrund der Haftung 41
c) Umfang der Haftung 45
d) Die Haftung des falsus procurator *ohne* Verschulden . 47
e) Die Haftung des falsus procurator *bei* Verschulden . . 50

V. Die Forderung aus ungerechtfertigter Bereicherung . . . 54

VI. Sonderfälle der Stellvertretung ohne Vollmacht 57

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41544712_0059

I.

Über die historische Entwicklung.

Die Rechtsfigur des falsus procurator hängt mit dem Institut der direkten Stellvertretung so eng zusammen, daß eine historische Darstellung des erstern mit derjenigen der Stellvertretung größtenteils übereinstimmt. Wir können daher im Folgenden auf die Entwicklung der Stellvertretung eingehen und wir werden damit auch die Entwicklung des falsus procurator im Großen und Ganzen darstellen.

Wenn wir bei unserer historischen Betrachtung mit dem römischen Recht beginnen, so geschieht dies nicht deshalb, weil es so üblich ist, sondern weil das Stellvertretungsrecht seinen wirklichen Anfang erst bei den Römern nahm. Die älteste Zeit des römischen Rechtes wollte jedoch von der Stellvertretung, aus der bekannten Ansicht von dem Wesen der Obligation als eines von der Person des Gläubigers und Schuldners untrennbaren Rechtsverhältnisses, vinculum iuris, nichts wissen. Erst das spätere römische Recht gestattet in einem gewissen Umfange die Stellvertretung und damit wurde auch die Möglichkeit einer Stellvertretung ohne Vollmacht geschaffen. Dieser Zeit ist denn auch die Figur des falsus procurator gut bekannt. Die Bezeichnung falsus procurator ist jedoch nicht eine Schöpfung der Römer; sie wurde erst im gemeinen Recht geschaffen und ist seitdem ein unaustilgbarer Ausdruck in der Rechtswissenschaft geworden. Sowohl in der ältern wie auch in der neuern

Zeit des gemeinen Rechtes befaßte man sich hauptsächlich mit der Frage nach dem Grund der Haftung des falsus procurator. Gemeinrechtliche Schriftsteller wie Puchta, Mühlenbruch und Vangerow traten für den römischen Grundgedanken ein, wonach der falsus procurator mit der direkten Geschäftsklage belangt werden könne. Buchka's Werk »Stellvertretung« gelang es dann, diese römisch-rechtliche Auffassung zu verdrängen und in der Folgezeit traten Schriftsteller wie Brinz, Seuffert und Hellmann für die Auffassung ein, der falsus procurator hafte lediglich ex delicto.

In der Entwicklung unseres Rechtsinstitutes zeigt sich stets eine gewisse Vermischung des falsus procurator mit dem Mandat resp. mit dem negotiorum gestor. Dies kommt auch noch im Code civil insofern zum Ausdruck, als er die Haftung des falsus procurator im Abschnitt über den Auftrag behandelt (Art. 1997). Der Grund dieser Verquickung liegt wohl hauptsächlich darin, daß, wie gerade aus Art. 1984 Code civil hervorgeht, Auftrag und Vollmacht als identische Begriffe betrachtet wurden. Diese Identifizierung von Vollmacht und Auftrag findet man auch im allgemeinen Landrecht für die preußischen Staaten von 1794. Als Beleg hiefür verweisen wir auf den XIII. Titel § 5, woselbst zu lesen ist: »Die Willenserklärung, wodurch einer dem andern das Recht erteilt, ein Geschäft für ihn oder statt seiner zu betreiben, wird *Auftrag* oder *Vollmacht* genannt«. § 90 im gleichen Titel dieses Gesetzes handelt davon: »Wenn der Bevollmächtigte die Grenzen seines Auftrages überschritten hat«. Hier haben wir es offensichtlich mit einem falsus procurator zu tun. Die Regelung geht dahin, daß der Machtgeber durch die Handlungen, die über die Grenzen der Vollmacht hinausgehen, »den Dritten in der Regel nicht

verpflichtet«. Aus § 142 Titel XIII geht dann hervor, daß der Vollmachtgeber die vollmachtlose Handlung genehmigen kann und sie dadurch gültig wird. Der Dritte, der mit dem falsus procurator unterhandelt, hat das Recht, vorher die Vorzeigung der Vollmacht zu verlangen. Unterläßt er dies, »so kann er sich wegen eines gegen die Anweisung des Machtgebers vollzogenen Geschäftes nur an den Bevollmächtigten halten« (§ 96).

Daß die Verwechslung von Vollmacht und Auftrag endlich ein Ende fand, verdanken wir hauptsächlich Laband. Er stellt in seiner Schrift »Die Stellvertretung bei dem Abschluß von Rechtsgeschäften nach dem allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch, Erlangen 1866« die Unterscheidungsmerkmale fest und seither findet man in den Gesetzen ein Auseinanderhalten der Begriffe falsus procurator und negotiorum gestor. Daß auch das alte OR die Begriffe auseinanderhielt und dem vollmachtlosen Vertreter eine eingehende Regelung zukommen läßt, braucht nicht besonders betont zu werden. Es ist die Aufgabe der nächsten Kapitel, das Nähere dieser Regelung, speziell aber der Regelung im revidierten OR, darzustellen und dabei, zum Vergleiche, hin und wieder die einschlägigen Normen der Gesetze unserer Nachbarstaaten (deutsches BGB, Code civil und österreichisches BGB) heranzuziehen.

II.

Begriff und Abgrenzung.

a) Begriff.

Der wichtigste Teil des gesamten Rechtslebens ist der Abschluß von Rechtsgeschäften. Daß solche Abschlüsse durch einen Dritten im Namen eines andern mit rechtlicher Wirkung vorgenommen werden können, hat das Recht nur zögernd gestattet. Heute bestehen wohl in allen Gesetzgebungen der Staaten über solche Abschlüsse entsprechende Normen. Den Abschließenden nennt man Stellvertreter, und in der Doktrin wird unterschieden zwischen dem mittelbaren und unmittelbaren Stellvertreter oder indirekter und direkter Stellvertretung. Handelt er im fremden Namen und auf fremde Rechnung, so ist er direkter Stellvertreter; indessen derjenige, der im eigenen Namen und auf fremde Rechnung Geschäfte abschließt (z. B. Kommissionär), als indirekter Stellvertreter bezeichnet wird[1]). Normalerweise wird eine Person nur dann als Stellvertreter auftreten, wenn sie im Besitze einer durch Gesetz, Statut oder Rechtsgeschäft erteilten Vollmacht ist. Zwischen ihr und dem Vertretenen muß ein Rechtsverhältnis bestehen, vermöge dessen das Verhalten des Vertreters für den Vertretenen wirksam ist[2]) (Vertretungsmacht). Es gibt aber auch Fälle, in denen ohne Vollmacht gehandelt wird. Der gangbare, den Quellen entlehnte

[1]) vgl. Dernburg, Pandekten I. § 11.

[2]) vgl. v. Tuhr, OR, Allgemeiner Teil, § 41, S. 283.

Ausdruck für einen ohne Vollmacht Handelnden ist »falsus procurator«[3]). Wir werden uns im Folgenden der Kürze wegen dieses Ausdruckes bedienen.

Vorerst gilt es, den genauen Begriff des falsus procurator festzustellen. Es scheint, daß über denselben in der Literatur keine vollständige Einigkeit besteht. Viele Schriftsteller wollen den Ausdruck »falsus procurator« nur für denjenigen ohne Vollmacht Handelnden verwendet sehen, der weiß oder mindestens wissen sollte, daß er keine Vollmacht besitzt. Diese Auffassung hat ihre Wurzeln im gemeinen Recht, woselbst nur dem schuldhaft Handelnden die Bezeichnung falsus procurator gegeben wurde. Das Verschulden kann Vorsatz oder Fahrlässigkeit sein. Andere Autoren stellen auf das Verschulden resp. das Bewußtsein des Vertreters, daß ihm keine Vollmacht zusteht, nicht ab; sie bezeichnen daher jeden, der so handelt, als wäre er bevollmächtigt, als falsus procurator. Wiederum andere unterscheiden je danach, ob der Dritte, mit dem der vollmachtlose Vertreter abschloß, sich des Mangels der Vollmacht bewußt war oder nicht. Besteht dieses Bewußtsein auf Seite des Dritten, so geben sie dem Handelnden nicht die Bezeichnung falsus procurator, sondern »Stellvertretender Geschäftsführer«.

U. E. ist keine der aufgezählten Theorien über den Begriff des falsus procurator ohne weiteres als richtig anzuerkennen. Die gemeinrechtliche Auffassung entspricht offensichtlich nicht mehr der heutigen Anschauung und sie muß daher als erledigt beiseite geschoben werden. Dagegen läßt sich durch eine Kombination zweier anderer Auffassungen der Begriff des

---

[3]) vgl. Hupka, Die Haftung des Vertreters ohne Vertretungsmacht, S. 4, Note 1.

falsus procurator feststellen. Jeder, der ohne Vollmacht für einen Dritten Geschäfte abschließt, ist, gleichgültig ob er seine Vollmachtlosigkeit kennt oder nicht kennt, ein falsus procurator. Er kann aber nicht als solcher betrachtet werden, wenn die Parteien, mit denen er das Rechtsgeschäft abschließt, von seiner Vollmachtlosigkeit Kenntnis hatten oder haben sollten. *Mithin ist unter* Kenntnis hatten oder haben sollten.

Mithin ist unter dem falsus procurator eine Person zu verstehen, die in Kenntnis oder Nichtkenntnis ihrer Vollmachtlosigkeit im Namen und auf Rechnung eines andern (des Vertretenen) Rechtsgeschäfte abschließt mit einem Dritten, der von der Vollmachtlosigkeit nichts weiß und auch nichts wissen sollte. Wie wir noch sehen werden, sprechen auch die Bestimmungen im schweizerischen Obligationenrecht für diese Umschreibung des falsus procurator.

Dem Vertreter kann die Vollmacht aus verschiedenen Gründen fehlen. Einmal kann ihm eine erteilte Vollmacht durch Widerruf, durch Tod oder Verschollenerklärung (vgl. OR 35) des Vollmachtgebers entzogen sein; die Vertretungsmacht ist somit erloschen. Ferner ist es möglich, daß gar nie eine Vollmacht vorhanden war, oder die erteilte Vollmacht an Nichtigkeit leidet. Endlich kann er im Besitze einer Vollmacht sein, überschreitet sie aber bei der Stellvertretungshandlung. Wann der Umfang einer Vollmacht überschritten wird, beurteilt sich zunächst nach den allgemeinen Grundsätzen der Interpretation von Willenserklärungen, sowie nach der objektiven Natur des Geschäftes bezw. des Geschäftskreises, zu der die Vollmacht erteilt wurde[4]). Schließlich muß auch derjenige, der eine Vollmacht besitzt, sie aber

[4]) Hupka, Vollmacht, S. 189.

nicht beweisen kann, als Vollmachtloser betrachtet werden[5]). In allen diesen Fällen, gleichgültig ob ihm das Fehlen der Vollmacht bekannt war oder nicht, ist der handelnde Vertreter ein falsus procurator[6]).

In den heutigen Kodifikationen des Privatrechtes finden sich spezielle Normen über die Stellung des falsus procurator. Aber auch schon in alten Gesetzbüchern, wie z. B. im Code civil[7]), im Preußischen Landrecht[8]) und im bürgerlichen Gesetzbuch des Königreiches Sachsen[9]), findet man solche Rechtssätze. Auch im alten schweizerischen Obligationenrecht werden dem falsus procurator vier Artikel gewidmet (46—49). Im revidierten Obligationenrecht sind diese Normen auf zwei zusammengeschmolzen (38—39), ohne daß aber ihr Inhalt gekürzt worden wäre, im Gegenteil, es wurden noch neue Gedanken eingeflochten. Es wird Sache der folgenden Darstellung sein, diese neuen Gedanken nachzuweisen. Eine umfangreiche Behandlung wurde dem falsus procurator im deutschen bürgerlichen Gesetzbuch zuteil[10]). Zu betonen ist, daß weder im BGB noch im OR die Bezeichnung falsus procurator zur Anwendung kommt. Im BGB wird er stets als ein Vertreter ohne Vertretungsmacht bezeichnet, indessen im OR der Rand-

[5]) So ausdrücklich BGB § 179. OR schweigt, trotzdem wird aber der Grundsatz im schweizerischen Recht auch Geltung haben. Es ist im Interesse der Sicherheit des Rechtsverkehrs, daß der Vertreter seine Vollmacht beweist und nicht, daß der Dritte den Mangel der Vollmacht zu beweisen hat.

[6]) Im CC gilt nur derjenige als falsus procurator, der die Vollmacht überschreitet. Handelt einer ohne jede Vollmacht, so ist es nach dem Wortlaut des CC zweifelhaft, ob er überhaupt als ein Vertreter zu betrachten sei. Zu dieser Frage vgl. Laurent, Principes de droit civil, Bd. 28, No. 64. Gleiches gilt für das österreichische BGB § 1016.

[7]) vgl. CC 1120 und 1997.

[8]) I. 13 : 90, 142 ff.

[9]) § 789.

[10]) §§ 177—181.

titel »ohne Ermächtigung« zu finden ist (OR 38). Im alten OR (Art. 46) wird der Ausdruck »vollmachtloses Handeln« verwendet. An und für sich ist dieser Ausdruck besser als derjenige im revidierten OR. Wenngleich er nicht mit dem Gesetzestext — es heißt dort: »Hat jemand ohne dazu *ermächtigt* zu sein ....« — übereinstimmt. Im revidierten OR besteht diese Übereinstimmung zwischen dem Ausdruck im Marginal und im Gesetzestext, aber das Wort »Ermächtigung« sollte überhaupt vermieden werden. Dies deshalb, weil es eine allgemeinere Bedeutung hat und bei der Anweisung (Art. 466) sowie bei der mittelbaren Vertretung gebraucht wird[11]). Der einzig richtige Ausdruck u. E. wäre: ohne Vertretungsmacht oder ohne Vollmacht[12]). Es gibt Gesetze, in denen der falsus procurator auch als ein Vertreter ohne Auftrag bezeichnet wird. Dies ist ohne Zweifel falsch. Auftrag und Vollmacht sind *nicht* identische Begriffe[13]) und sind daher scharf auseinander zu halten. Der Auftrag ist ein Vertrag, die Vollmacht dagegen ein einseitiges Rechtsgeschäft. Der Auftrag verpflichtet, indessen die Vollmacht lediglich berechtigt. Als Beispiel eines solchen Gesetzbuches, das von einem Vertreter ohne Auftrag spricht, indessen es einen solchen ohne Vollmacht meint, geben wir die zürcherische ZPO an[14]).

---

[11]) v. Tuhr, Allgemeiner Teil des OR, § 41, No. 9.

[12]) So im BGB. Auch in Art. 39 OR wird das Wort »Vollmacht« verwendet und nicht wie in Art. 38 »Ermächtigung«.

[13]) Die Auffassung, daß in dem römisch-rechtlichen Wort und Begriff mandatum Auftrag und Vollmacht enthalten sei, wurde durch die grundlegende Arbeit Labands »Die Stellvertretung bei dem Abschluß von Rechtsgeschäften nach dem allgemeinen preussischen Handelsgesetzbuch, Erlangen 1866«, in der Zeitschrift für das gesetzliche Handelsrecht, Bd. 10, gründlich zerstört.

[14]) § 55 ZPO. Daß hier an Stelle des Wortes »Auftrag« »Voll-

In Art. 821 OR, woselbst der falsus procurator bei der Wechselunterzeichnung geregelt wird, wird nicht wie im Art. 38 von einem Mangel der Ermächtigung gesprochen, sondern, was bedeutend besser ist, von einem Mangel der Vollmacht.

Wir taten oben dar, daß für die von uns vorgenommene Einschränkung des Begriffes falsus procurator der Wortlaut der Normen über den falsus procurator im OR spreche. Zur Begründung dieser Behauptung weisen wir auf die in Art. 39 OR dem falsus procurator gegebene Einrede, daß der Dritte von der Vollmachtlosigkeit Kenntnis hatte oder haben sollte. Diese Einrede kann der falsus procurator, mit der Wirkung einer Befreiung von jeder Haftung, erheben. Daraus geht hervor, daß in einem solchen Falle der ohne Vollmacht Handelnde nicht als falsus procurator betrachtet werden darf.

b) Abgrenzung gegenüber der negotiorum gestio.

Die negotiorum gestio ist ein weit älterer Begriff als derjenige des falsus procurator. Das hängt mit der zögernden Aufnahme des Institutes der Stellvertretung im römischen Recht zusammen[15]). Als in Rom die Stellvertretung erst für einige wenige Rechtshandlungen als zulässig erklärt worden war, hatte man sich mit der negotiorum gestio längst vertraut gemacht und sie als Quasi-Kontrakt behandelt. Heute findet man in allen Kodexen des Privatrechtes Bestimmungen über die ne-

---

macht« treten sollte, geht daraus hervor, daß der ganze betreffende Abschnitt sich mit der Vollmacht der Parteivertreter beschäftigt.

[15]) Stellvertretung beim Abschluß von Rechtsgeschäften war den Römern unbekannt. Vgl. z. B. C. 4, 50. 6 § 3.

gotiorum gestio. Hier interessieren uns besonders die Normen im schweizerischen OR Art. 419 ff. und wir wollen versuchen, zwischen diesen Gesetzesvorschriften und denjenigen über den falsus procurator eine Abgrenzung zu ermitteln.

Verschaffen wir uns erst Klarheit über den Begriff negotiorum gestio. Als neg. gestor bezeichnet man denjenigen, *der für einen andern, ohne beauftragt zu sein ein Geschäft besorgt.* Im OR findet die in der Doktrin gemachte Unterscheidung zwischen der Besorgung von objektiv fremden Geschäften und subjektiv fremden keinen Ausdruck[16]).

Dagegen stößt man in Art. 423 auf die Unterscheidung zwischen echter und unechter Geschäftsführung ohne Auftrag[17]). Wurde im römischen Recht bei der neg. gestio auf die causa efficiens abgestellt und gab daher der Prætor nur dann eine actio, wenn jemand *wissentlich* fremde Geschäfte als eigene vornahm oder wenn jemand *irrig* fremde Geschäfte für seine eigenen hielt, so spielt nach heutiger Rechtsauffassung der Grund der Geschäftsführung keine Rolle mehr. Die Hauptsache ist, daß jemand für einen andern und in dessen Interessen (echte neg. gestio), aber ohne dessen Auftrag ein Geschäft besorgt. Unter »Geschäft« sind irgend welche Verrichtungen zu verstehen, nicht nur der Abschluß von Rechtsgeschäften, sondern auch Handlungen von tatsächlicher Bedeutung[18]). »Geschäft«, schreibt Bermann[19]),

---

[16]) Im Dresdener Entwurf Art. 827, wie auch im § 1358 Sächs. Gesetzbuch, findet man Bestimmungen über das subjektive fremde Geschäft.

[17]) Vgl. hiezu auch Zimmermann, Ächte und unächte neg. gestio, 1872.

[18]) Oser, Kommentar zu Art. 419 OR, 2 a, α.

[19]) Bermann, Geschäftsführung ohne Auftrag, Diss., Zürich, S. 7.

»ist jede menschliche Betätigung, welche mit Hinblick auf ein menschliches Bedürfnis oder einen Gegenstand, der zu dessen Befriedigung dienen kann, vorgenommen wird«. Bei der Vornahme von Handlungen nur tatsächlicher Bedeutung bedarf es auf Seiten der neg. gestio keiner Handlungsfähigkeit.

Da, wie wir noch sehen werden, der falsus procurator nur Verträge und einseitige Rechtsgeschäfte abschließen kann, der neg. gestor dagegen auch rein tatsächliche Handlungen[20]) vornehmen kann, so ergibt sich hieraus ein erstes unterscheidendes Merkmal zwischen den beiden.

Ein anderes unterscheidendes Merkmal geht ohne weiteres aus der deutschen Bezeichnung unseres in Rede stehenden Institutes hervor. Beim vollmachtlosen Stellvertreter fehlt die Vollmacht, beim Geschäftsführer ohne Auftrag fehlt der Auftrag. Auftrag und Vollmacht sind jedoch, wie bereits oben hervorgehoben, verschiedene Dinge. Zu beachten ist aber, daß der Ausdruck »Auftrag« bei der neg. gestio extensiv interpretiert wird, mithin unter ihm alle Rechtsgründe, die zu einem Einschreiten Befugnis geben könnten, wie z. B. Dienstvertrag, Werkvertrag, verstanden werden[21]). Aber auch der negotiorum gestor kann ein Stellvertreter sein, dann nämlich, wenn er Rechtsgeschäfte vornimmt. Nimmt er dieselben nicht im eigenen Namen, sondern im Namen des Geschäftsherrn vor und fehlt ihm ein Auftrag von dem letztern, so geriert er sich als ein Stellvertreter und gleichzeitig als neg. gestor. Einer solchen Person gab Zimmermann

---

[20]) Daß er auch Rechtsgeschäfte vornehmen kann, geht besonders aus Art. 421 OR hervor.

[21]) Oser, Kommentar zu 419. 2. cc.

die heute allgemein anerkannte Bezeichnung »stellvertretender negotiorum gestor«[22]).

Beim Handeln in fremdem Namen kann der neg. gestor im Besitze einer Vollmacht sein oder nicht. Fehlt die Vollmacht, so ist er gleichzeitig ein falsus procurator. Er tritt hier ohne Auftrag und ohne Vollmacht als Geschäftsführer und Stellvertreter auf. Eine solche Doppelstellung ist selbstredend nur bei Vornahme von Rechtsgeschäften (ein- und zweiseitige) möglich, nicht aber bei Handlungen von tatsächlicher Bedeutung, denn bezüglich dieser fehlt die Möglichkeit einer Stellvertretung. Derjenige, der an meiner Stelle mein umgestürztes Dach aufstellt, handelt nicht als mein Bevollmächtigter oder vollmachtloser Stellvertreter, denn hier nimmt er nur eine Handlung von tatsächlicher Bedeutung vor; er ist lediglich ein Geschäftsführer ohne Auftrag. Kauft er aber auf meine Rechnung Nägel etc., so handelt er bei Abschluß dieses Rechtsgeschäftes als Stellvertreter und zwar, da er keine Vollmacht hat, als falsus procurator. Es ist zwar im Auge zu behalten, daß eine Person auch als neg. gestor rechtsgeschäftliche Handlungen vornehmen und dabei als Vertreter auftreten kann. Wenn also in unserem Beispiel zur Aufstellung des Daches auf Rechnung des Grundeigentümers, aber ohne Vollmacht, Nägel gekauft werden, so ist es nicht ohne weiteres sicher, daß der Käufer als ein falsus procurator zu betrachten ist und demgemäß für ihn die Art. 38 und 39 OR zur Anwendung gelangen. Könnte er nicht auch dieses Geschäft als neg. gestor durchgeführt haben? Um Konfusionen zu vermeiden, glauben wir jedoch folgende Ausscheidung machen zu müssen:

---

[22]) Vgl. Zimmermann, Stellvertretender neg. gestor, 1876, S. 136.

1. Nimmt jemand, ohne Auftrag, für einen andern *tatsächliche* Handlungen vor, so ist er ein neg. gestor und es kommen die entsprechenden Normen (419 ff.) in Betracht.
2. Nimmt jemand für einen andern *rechtsgeschäftliche* Handlungen vor, ohne hiezu beauftragt zu sein, und ohne daß er sich dabei als Stellvertreter aufspielt oder daß ein solches Verhältnis vom Gegner vermutet wird, so ist er gleichfalls ein neg. gestor.
3. Nimmt jemand rechtsgeschäftliche Handlungen vor als Stellvertreter und hat er zur Vornahme keine Vollmacht und keinen Auftrag, so ist er ein stellvertretender neg. gestor. Sein Verhältnis zum Vertretenen (Innenverhältnis) bestimmt sich nach den Normen über die Geschäftsführung ohne Auftrag, sein Verhältnis zum Gegenkontrahenten (Außenverhältnis) nach den Vorschriften über das Handeln ohne Vertretungsmacht.
4. Wird die Handlung von einer Person vorgenommen, die zwar einen Auftrag, jedoch keine ausdrückliche Vollmacht dazu erhalten hat, dann gelangen die Bestimmungen über den einfachen Auftrag (OR 394 ff.) zur Anwendung. Im Auftrage selbst ist gemäß Art. 396 OR die Ermächtigung zu den Rechtshandlungen enthalten, die zur Ausführung des Auftrages notwendig sind.

Wie sich aus unserer Aufstellung ergibt, spielt der falsus procurator einzig im Falle 3 (stellvertretender neg. gestor) eine Rolle. Er tritt also nur in Verbindung mit dem neg. gestor in die Wirklichkeit. Es erhebt sich nun die Frage: Gibt es Fälle, in denen der falsus procurator nicht auch gleichzeitig negotiorum gestor ist? Unseres Erachtens muß diese Frage verneint werden.

Jeder falsus procurator ist auch gleichzeitig ein Geschäftsführer ohne Auftrag[23]). Für diese Verquickung schuf Zimmermann, wie schon erwähnt, die an und für sich gute Bezeichnung »stellvertretender neg. gestor«. Er zog bei dieser Bezeichnung in erster Linie das Innenverhältnis, die neg. gestio, in Betracht und brachte das Außenverhältnis, die vollmachtlose Stellvertretung, im Wort »stellvertretende« zum Ausdruck. Daß er mit diesem Wort nicht einen bevollmächtigten Stellvertreter meinte, scheint uns klar zu sein[24]). Denn, wer eine Vollmacht besitzt, jedoch keinen Auftrag, und die Handlung gemäß der Vollmacht für den Vollmachtgeber vornimmt, der ist eben kein neg. gestor, sondern nur ein gewöhnlicher Stellvertreter, auf den die Normen Art. 32 OR Anwendung finden.

Das Fazit aus dem Gesagten ergibt über die Unterscheidung zwischen falsus procurator und neg. gestio folgendes Bild: Für den falsus procurator kommen nur *rechtsgeschäftliche* Handlungen in Betracht, indessen für den neg. gestor auch Handlungen von *tatsächlicher* Bedeutung eine Rolle spielen. Beim falsus procurator mangelt die Vollmacht, beim neg. gestor der Auftrag. Einen Nur - falsus procurator gibt es nicht, sondern jeder

[23]) Dagegen ist aber nicht jeder neg. gestor auch gleichzeitig ein falsus procurator. Beim neg. gestor, der nur tatsächliche Handlungen vornimmt, fällt die Stellung als falsus procurator weg. Dies deshalb, weil der falsus procurator nur rechtsgeschäftliche Handlungen vornehmen kann.

[24]) Es ist jedoch zu beachten, daß Zimmermann (S. 136) daneben auch »ausnahmsweise« eine mit Vollmacht ausgerüstete stellvertretende neg. gestio kennt. Er denkt dabei an eine durch das allgemeine Verhältnis des Menschen zum Mitmenschen entstandene Vollmacht. Unserer Ansicht nach handelt es sich in einem solchen Falle um einen gewöhnlichen Stellvertreter.

falsus procurator ist gleichzeitig auch ein neg. gestor. Für dieses Doppelding hat man die Bezeichnung »stellvertretende neg. gestio«. Das Verhältnis zwischen dem Handelnden und dem Gegenkontrahenten unterliegt den Bestimmungen über den vollmachtlosen Vertreter (OR 38 ff.); das Verhältnis zwischen dem Handelnden und dem Vertretenen beurteilt sich nach den Normen über die neg. gestio.

Im Nachstehenden interessiert uns hauptsächlich das Verhältnis, auf das die Normen über den vollmachtlosen Vertreter zur Anwendung gelangen. Dabei läßt sich nicht vermeiden, daß wir hin und wieder auch die Stellung des Vertretenen beleuchten müssen.

c) Abgrenzung gegenüber dem Boten.

Der falsus procurator ist ein Vertreter. Trotzdem er keine Vollmacht besitzt, ist er dennoch ein Vertreter. Nötig ist dabei lediglich, daß er den Vertretungswillen hat, daß er nicht für sich, sondern für einen andern Rechtsgeschäfte abschließt. Ob er sich dabei als Vertreter zu erkennen gibt oder ob der Gegenkontrahent das Verhältnis erkennen sollte, ist irrelevant; in allen Fällen ist er als ein Vertreter zu betrachten. Seit der Revision des OR wird der falsus procurator auch im Gesetz selbst als Vertreter bezeichnet (OR 39, 2).

Wenn aber der falsus procurator ein Vertreter ist, so können wir uns für die Abgrenzung desselben gegenüber dem Boten ohne weiteres an die in der Literatur festgestellten Unterscheidungsmerkmale zwischen Vertreter und Bote halten.

Im Gegensatz zum Stellvertreter ist die Funktion des Boten eine rein tatsächliche. »Er braucht«, wie

v. Tuhr[25]) schreibt, »vom Inhalt und Sinn der übermittelten Erklärung keine Vorstellung zu haben; daher ist Handlungsfähigkeit des Boten nicht erforderlich«. Er ist nur die verlängerte Hand des dominus; seine Tätigkeit hat allein darauf zu gehen, die von seinem Herrn gefaßte und präzisierte Willenserklärung genau ihrem Inhalt entsprechend einem Dritten zu übermitteln. Er ist nur Vertreter in der Erklärung. Der Stellvertreter dagegen ist Vertreter im Willen, der im Namen des Vertretenen innerhalb der ihm erteilten Vertretungsmacht mit unmittelbarer Wirkung gegen den Vertretenen entweder dessen Willenserklärung abgeben oder die eines Dritten entgegen nehmen soll. Genau wie der Vertreter ohne Vollmacht handeln kann und somit zu einem falsus procurator wird, so kann auch der Bote ohne Auftrag handeln und man bezeichnet ihn dann als falsus nuntius. Die Frage, ob für den falsus nuntius die für den falsus procurator im OR aufgestellten Haftungsgründe (OR 39) zur Anwendung kommen, ist umstritten. Becker ist der Meinung, daß der falsus nuntius nach OR 41 ff. hafte[26]). v. Tuhr vertritt dagegen die Ansicht, der falsus nuntius hafte dem Empfänger nach Analogie des Art. 39 OR (Haftung des falsus procurator)[27]). Schließt man sich dieser letztern Ansicht an, so muß man zum Resultat gelangen, daß zwischen falsus procurator und falsus nuntius wohl ein begrifflicher, nicht aber ein qualitativer Unterschied besteht.

Der falsus procurator als ein Stellvertreter ist ferner

---

[25]) v. Tuhr, Allg. Teil schweiz. OR, S. 284.

[26]) Becker, Kommentar zu Art. 39 V.

[27]) Gleicher Auffassung ist Lenel, Zur Lehre von der Stellvertretung, 1896, S. 19. Ihm schließt sich an Goldschmid, Bevollmächtigung und gewillkürte Stellvertretung, Diss., Zürich 1898, S. 161 ff.

vom Treuhänder zu unterscheiden. Die Unterscheidung liegt darin, daß der Treuhänder im fremden Interesse aber eigenen Namen handelt, indessen der falsus procurator im fremden Namen auftritt.

Endlich bleibt auch zu untersuchen, ob nicht eine Abgrenzung zu schaffen sei zwischen dem Handeln des Organs einer juristischen Person und dem Stellvertreter. Laband vertritt z. B. die Ansicht, es bestehe zwischen dem Stellvertreter und dem Organ darin ein Unterschied, daß beim Organ kein Handeln im fremden Namen für einen andern vorliege, sondern stets nur ein Selbsthandeln[28]). Im schweizerischen Recht wird das Organ, im Gegensatz zum deutschen Recht, nicht als ein Stellvertreter betrachtet. »Es ist«, schreibt Egger, »kein Zweifel, daß Organ und Stellvertreter zu unterscheiden sind. Darauf weist der Sprachgebrauch nachdrücklich genug hin. Und auch über die praktische Bedeutung des Unterschiedes ist kein Zweifel möglich: die juristische Person haftet für die unerlaubten schädigenden Handlungen ihrer Organe, während sie für ein solches Verhalten von Nichtorganen nur nach Maßgabe der Art. 55 und 101 OR zur Haftung herangezogen werden kann. Auch steht im Organ dem Vereine gegenüber das besondere subjektive Recht auf Organschaft zu. Im übrigen steht ebenso fest, daß die Grundsätze des OR 36 ff. für die Vertragsschließung durch Stellvertreter (zum mindesten analog) zur Anwendung kommen«[29]). Prinzipiell besteht mithin im schweizerischen Recht ein Unterschied zwischen Stellvertreter und Organ. Handelt ein Organ ohne Vollmacht, so kann es daher nicht als Stellvertreter resp. als falsus procurator betrachtet und behandelt

[28]) Laband, Arch. f. ziv. Praxis, Bd. 73, S. 187.

[29]) Egger, Kommentar Art. 55 ZGB 2 a.

werden. Immerhin ist eine analoge Anwendung der Normen über den falsus procurator nicht total ausgeschlossen.

III.

Das Verhältnis zwischen den beteiligten Personen.

a) Verhältnis zwischen Vertretenem und falsus procurator.

Nehmen wir an, A kauft, ohne im Besitz einer Vollmacht oder eines Auftrages zu sein, auf Rechnung des B beim Händler C ein Buch. Aufgabe ist es nun, das Verhältnis zwischen A und B festzustellen. Oben betonten wir bereits, daß auf dieses Verhältnis die Gesetzesbestimmungen über die neg. gestio (OR 419 ff.) maßgebend seien. Es liegt hier eine sogenannte stellvertretende neg. gestio vor. Gemäß Art. 422 ist der Geschäftsherr, in unserem Falle B, verpflichtet, dem Geschäftsführer, in concreto A, alle Verwendungen, die notwendig oder nützlich und den Verhältnissen angemessen waren, zu ersetzen und ihn von den eventuell übernommenen Verbindlichkeiten zu befreien, sowie für andern Schaden Ersatz zu leisten. Alle die genannten Verpflichtungen bestehen für B nur dann, wenn die Handlung des A (Kauf des Buches) durch das Interesse des B geboten war. Hafner meint, eine Geschäftsführung sei dann im Interesse des Geschäftes vorgenommen, wenn anzunehmen ist, daß der Geschäftsherr vernünftigerweise das gleiche tun müßte[30]). Dabei ist nicht abzustellen, wie dies vom

[30]) Vgl. Hafner, Kommentar Art. 472, Note 1.

Bundesgericht, in Anlehnung an die ältere gemeinrechtliche Anschauung in einem Entscheide[31]) gemacht wurde, auf das negotium necessarium[32]). Wenn demnach in unserem Beispiel der Kauf des Buches im Interesse des B gewesen ist, so hat dieser dem A alle den Verhältnissen angemessenen notwendigen und nützlichen Verwendungen, z. B. Verpackungskosten — nicht aber die impensæ voluptariæ — zu ersetzen. Die Frage, ob B alsdann auch verpflichtet sei, das Buch zu übernehmen und dem Buchhändler den Kaufpreis zu zahlen, wird durch die Feststellung betreffend der impensæ nicht erledigt. Da A als direkter Stellvertreter des B, jedoch ohne Vollmacht gehandelt hat, so sind für die Übernahme des auf Rechnung des B abgeschlossenen Geschäftes nicht die Normen über die Geschäftsführung, sondern über den falsus procurator ausschlaggebend (Außenverhältnis). Es ist Aufgabe des nächsten Abschnittes, dieses Verhältnis näher zu betrachten.

b) Das Verhältnis zwischen Vertretenem und Drittem.

Wenn ein bevollmächtigter Vertreter ein Rechtsgeschäft abschließt, so treten die Wirkungen desselben zwischen dem Vertreter und dem Dritten unmittelbar für und gegen den Vertretenen im Zeitpunkt des Abschlusses des Rechtsgeschäftes ein. Es wird also angesehen, als ob der Vertretene selbst den Vertrag abgeschlossen hätte. Es ist dies eine Fiktion, vermöge der der Vertrag in der Person des Vertretenen existent wird. Erklärt und gebildet wird der Wille nicht durch den

---

[31]) Vgl. BGE 19 S. 845 ff. Oser zu Art. 422, 2 a.

[32]) Näheres Bermann l. c. S. 69.

Vertretenen, sondern durch den Vertreter, die Wirkungen gehen aber auf den Vertretenen über. Der Vertreter ist das alleinige Subjekt der Handlung, indessen der Vertretene das alleinige Subjekt der rechtsgeschäftlichen Wirkungen ist. Man nennt diese Theorie die Repräsentationstheorie und ihr hat sich auch die schweizerische Gesetzgebung angeschlossen[33]). Der Vertreter muß, wie Zimmermann betont, in der erkennbaren Absicht handeln, das Selbsthandeln eines andern zu ersetzen[34]). Daß die Geschäftswirkungen, die nach der Absicht des Vertreters und des Dritten unmittelbar auf die Person des Vertretenen übergehen sollen, wirklich auf den Vertretenen übergehen, hängt davon ab, ob der Vertreter die Macht erhalten hat, solche Wirkungen hervorzurufen. Diese Macht wird durch ein einseitiges Rechtsgeschäft des Vertretenen, durch die Vollmacht, gegeben[35]). Wie verhält es sich nun, wenn dem Vertreter die Vollmacht fehlt?

Es ist ganz klar, daß die vollmachtlose Handlung absolut kein Verhältnis begründet zwischen Vertretenem und Drittem[36]). Der Dritte kann gegen den Vertretenen keinen Anspruch geltend machen, dies selbst dann nicht, wenn er der angeblichen Vollmacht des falsus procurator getraut hat. Dem Tertius fehlt ein Rechtstitel gegen den Dominus. Dieser Zustand kann jedoch durch die *Genehmigung* auf Seiten des Vertretenen beseitigt werden. Durch die Genehmigung wird die fehlende Vollmacht gewissermaßen ersetzt.

---

[33]) Oser, Kommentar, Vorbem. zu Art. 32—40 II.

[34]) Zimmermann, l. c. S. 45.

[35]) J. Hupka, Die Vollmacht.

[36]) Wenn in Art. 39, 2 von einer Gebundenheit des Dritten die Rede ist, so betrifft dies einzig das Verhältnis des Dritten gegenüber dem falsus procurator. Diesem gegenüber ist der Dritte gebunden. Näheres hierüber vgl. S. 36 ff. dieser Arbeit.

Im OR wird gesagt, der Vertretene werde nur dann Gläubiger oder Schuldner aus dem durch den falsus procurator abgeschlossenen Vertrag, wenn er den Vertrag genehmigt[37]). Im BGB dagegen liest man, daß die Wirksamkeit des Vertrages für und gegen den Vertretenen von dessen Genehmigung abhänge. Läßt sich aus diesen verschiedenen Satzwendungen ein materieller Unterschied feststellen? Dies vielleicht insofern als man sagt, nach BGB sei zwischen dem Dritten und Vertretenen wohl ein Rechtsgeschäft zustande gekommen, dasselbe äußere jedoch solange keine Wirkung, bis die Genehmigung eintreffe, nach OR sei zwischen dem Dritten und Vertretenen kein Rechtsgeschäft zustande gekommen, dasselbe entstehe erst durch die Genehmigung? Nein. Trotz den verschiedenen Gesetzestexten läßt sich kein Unterschied feststellen. Es war auch die Meinung des schweizerischen Gesetzgebers, daß durch die Handlung des falsus procurator ein Rechtsgeschäft zwischen dem Dritten und dem Vertretenen entstehe, daß aber die Wirksamkeit desselben von einer nachträglichen Genehmigung abhängig sei. Solange die Genehmigung nicht erfolgt, solange hat der Vertretene gegen den Dritten und umgekehrt der Dritte gegen den Vertreter keine Ansprüche aus dem Rechtsgeschäft. Er kann aber Ansprüche durch Genehmigung zum Entstehen bringen[38]). Es besteht mithin ein Schwebezustand, der erst durch die Genehmigung beseitigt wird. Genehmigt wird etwas, zwar Bestehendes aber noch Wirkungsloses: ein »Nichts« kann ja nicht genehmigt werden. Das von dem nichtberechtigten Stellvertreter geschlossene Geschäft be-

---

[37]) Schon C. c. läßt die Möglichkeit nachträglicher Genehmigung zu (Art. 1998). Ebenso § 1016 österreichisches BGB.

[38]) So schon im römischen Recht, vgl. l., 24. D. 3, 5.

findet sich, schreibt Windscheid[39]), »im Zustand der Schwebe«. Seine rechtliche Wirkung sei nicht negiert, aber suspendiert. Es befinde sich in derselben Lage, wie das bedingte Rechtsgeschäft. Trotzdem kann nicht gesagt werden, daß das vom falsus procurator geschlossene Rechtsgeschäft ein bedingtes sei. Denn von eigentlich bedingten Rechtsgeschäften spricht man nur dann, wenn es im Willen der Parteien gelegen hat, die Wirksamkeit des Rechtsgeschäftes entweder bis zum Eintritt eines ungewissen zukünftigen Ereignisses hinauszuschieben (Suspensivbedingung) oder zu beseitigen (Resolutivbedingung). Hier, beim falsus procurator, fehlt der Wille der Parteien und er wird durch eine gesetzliche Regelung ersetzt. Man könnte daher von einem gesetzlich bedingten Rechtsgeschäfte reden[40]).

Der Schwebezustand wird durch die Genehmigung des Vertretenen aufgehoben. Welches ist die rechtliche Natur dieser Genehmigung? Genehmigung (ratihabitio) ist eine nachträgliche Zustimmung zu einem fremden Geschäft. Erfolgt die Zustimmung zum voraus, so spricht man nicht von einer Genehmigung, sondern von einer Einwilligung[41]). Das Moment der Nachträglichkeit ist somit ein wichtiges Merkmal der Genehmigung. Im rechtlichen Charakter entspricht die Genehmigung der Vollmacht. Sie unterscheidet sich aber von der Vollmacht dadurch, daß sie nicht jederzeit durch Widerruf zum Erlöschen gebracht werden kann; denn sie schafft nicht nur, wie die Vollmacht, die Möglichkeit zum Abschluß von zukünftigen Rechtsgeschäften, sondern begründet

---

[39]) Pandekten I., § 74.

[40]) Oser spricht von einer negotium claudicans, Kommentar zu Art. 38. IV.

[41]) v. Tuhr, Allg. Teil OR. S. 128.

ein Rechtsverhältnis. Wie sie, stellt auch die Genehmigung ein einseitiges empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft dar. Sie wird weder im OR, noch im BGB, noch im Code civil einer Formvorschrift unterworfen. Selbst dann, wenn das vom falsus procurator abgeschlossene Rechtsgeschäft ein formbedürftiges ist, bedarf die Genehmigung keiner Form. Sie ist ebenso wirksam, wenn sie ausdrücklich erfolgt, als wenn sie durch konkludente Handlungen (stillschweigende Entgegennahme einer Leistung des Dritten) zum Ausdruck gebracht wird[42]).

Wem gegenüber muß die Genehmigung erfolgen? Mit dieser Frage betreten wir ein schon zur Zeit des gemeinen Rechtes bestrittenes Gebiet. Die einen erblicken in der Genehmigung nur eine nachträgliche Erteilung der Vollmacht, — einzelne erklären auch, das durch den falsus procurator abgeschlossene Geschäft sei eine Offerte des Dritten und die Genehmigung sei daher die Erklärung des zweiten Vertragswillens, — und gestützt hierauf gelangen sie zum Resultat, die Genehmigung müsse dem Dritten gegenüber geschehen. Die andern, z. B. Seuffert[43]), stellen sich auf den Standpunkt der strengen Einseitigkeit der Genehmigung; ihr Eintritt könne weder vom Dritten noch vom falsus procurator verhindert werden und daraus folge, daß die Genehmigung Gültigkeit erhalte, wenn sie gegenüber irgend einer Person geäußert worden sei. Das BGB hat als erstes Gesetz diese Streitfrage beseitigt, indem es in § 182 bestimmt, daß eine Genehmigung sowohl dem einen als dem andern Teil gegenüber erklärt werden könne. Wird jedoch der Vertretene vom Dritten zur Erklärung aufgefordert, so kann er sie nur noch gegenüber dem Dritten abgeben (BGB

---

[42]) BGE 25. 2. 1017.

[43]) Die Lehre von der ratihabitio, Würzburg 1868, S. 40 ff.

§ 177, 2). Das OR dagegen hat zu dieser Frage keine Stellung genommen. Es bestimmt lediglich, daß der Dritte, mit dem der falsus procurator den Vertrag abschloß, den Vertretenen anhalten könne, binnen einer anzusetzenden Frist sich über die Genehmigung auszusprechen (OR 38, 2). Ob in diesem Falle die Genehmigung an den Dritten zu erfolgen hat, bleibt trotz Art. 38, 2 eine offene Frage. Unseres Erachtens kann die Genehmigung, solange der Vertretene von keiner Seite dazu aufgefordert worden ist, sowohl an den Dritten als auch an den falsus procurator gerichtet werden[44]). Wenn aber der Vertretene vom Dritten zur Erklärung der Genehmigung bereits aufgefordert worden ist, so darf er (der Dritte) die Genehmigung nicht dem falsus procurator gegenüber abgeben, denn dies verstieße gegen Treu und Glauben im Verkehr (ZGB Art. 2). Er ist in einem solchen Falle verpflichtet, die gewünschte Erklärung in erster Linie der Person, die ihn dazu aufgefordert hatte, abzugeben. Dabei bleibt es ihm natürlich frei, die gleiche Erklärung auch der andern am Rechtsgeschäft mitinteressierten Person bekannt zu geben. Diese angesetzte Frist gilt daher als innegehalten, wenn vor Ablauf derselben die Genehmigung gegenüber dem Dritten abgegeben wird. Richtet der Vertretene seine Genehmigungserklärung innert der angemessenen Frist an den falsus procurator, ohne sich auch gleichzeitig an den Dritten zu wenden, so ist die Frist nicht innegehalten und konsequenterweise muß der Vertretene als nicht gebunden betrachtet werden. Dieses Nichtgebunden, das oft zum Schaden des Vertretenen sein kann, muß als eine richtige Reaktion auf das gegen Treu und Glauben verstoßende Verhalten (Erklärungsabgabe an die nicht

[44]) Ebenso v. Tuhr, loc. cit., S. 320. Oser, III. zu Art. 38.

richtige Person) angesehen werden. Als Gestaltungserklärung ist die Genehmigung unwiderruflich und es kommt ihr auch rückwirkende Kraft zu[45]).

Es frägt sich nun, ob eine teilweise Genehmigung zulässig sei. Das OR hat sich mit dieser Frage nicht befaßt. Bei einer teilweisen Genehmigung wird nur ein Teil des Geschäftes wirksam, der andere Teil dagegen nichtig. Eine solche teilweise Nichtigkeit ist im OR Art. 20, 2 vorgesehen. Man könnte daher gestützt auf diesen Artikel die teilweise Genehmigung als zulässig erklären. Schon für das gemeine Recht hat sich Seuffert (loc. cit. S. 83) für die teilweise Genehmigung ausgesprochen. Die neuere Literatur ist anderer Meinung. So schreibt v. Tuhr (S. 320): »Der Vertrag kann nur so genehmigt werden, wie er geschlossen ist: ohne Abänderung und in seinem vollen Umfange«.

Von Gesetzes wegen ist das Genehmigungsrecht des Vertretenen an keine Frist gebunden; er kann die Genehmigung jederzeit erklären[46]). Dadurch wird die Möglichkeit eines dauernden Schwebezustandes geschaffen. Das OR gibt dem Dritten ein Recht, diesen Schwebezustand auf eine von ihm frei bestimmte, jedoch angemessene Zeit zu beschränken. Dies geschieht durch Ansetzung einer Frist. Die Bemessung der Frist überläßt das Gesetz dem Dritten. Es bestimmt lediglich, die Frist müsse eine »angemessene« sein. Selbstredend läßt sich die Angemessenheit nicht in einer starren Zahl ausdrücken, vielmehr sind die Umstände jedes einzelnen Falles besonders zu berücksichtigen.

---

[45]) Vgl. v. Tuhr, loc. cit., S. 320.

[46]) Interessant ist, daß im Code civil kein Mittel gegeben wird, um den Schwebezustand zu beseitigen, d. h. eine Erklärung von Seiten des Vertretenen zu erreichen. Der Dritte ist dem Vertretenen vollständig ausgeliefert.

Der Dritte hat die Frist selbst anzusetzen; er kann die Ansetzung nicht durch eine Behörde vornehmen lassen[47]). Der Dritte bleibt trotz der Fristansetzung an den mit dem falsus procurator abgeschlossenen Vertrag gebunden. Es ist also Gebundenheit unter Vorbehalt nachträglicher Genehmigung. Goldschmid (S. 198) verneint diese bedingte Gebundenheit. Er will dem Dritten, ähnlich wie das BGB, ein gewisses Rücktrittsrecht einräumen. Er stellt darauf ab, daß der Dritte über den Mangel der Vollmacht in Unkenntnis war. Diese Unkenntnis — folgert er — beseitige die Gebundenheit an den Vertrag; im Zweifel dürfe man nicht annehmen, daß wer sich sofort binden wolle, sich auch unter Vorbehalt binden wolle. Die Bindung sei ein für den Gegenkontrahenten lästiger Zustand, der ihm nur dann auferlegt werden könne, wenn er ihn gewollt habe. Die ganze Argumentation, der eine gewisse Richtigkeit nicht abgesprochen werden kann, muß aber unseres Erachtens doch im Hinblick auf die klare Bestimmung im OR 38, 2 ».... und ist nicht mehr gebunden ....« abgelehnt werden. Das »nicht mehr gebunden« weist mit genügender Deutlichkeit darauf hin, daß der Dritte so lange

[47]) Die Möglichkeit, die Frist selbst anzusetzen oder durch eine zuständige Behörde ansetzen zu lassen, wurde in Art. 32 des alten OR gegeben. Im revidierten OR ist stets nur die Selbstansetzung vorgesehen; v. Tuhr bezeichnet es als eine Nachlässigkeit des Gesetzgebers, daß der Dritte im Falle von OR 38 die Frist nicht auch durch den Richter ansetzen lassen könne (1 c § 45 No. 22). — In Art. 40 ZGB ist neben der Selbstansetzung auch die Möglichkeit der Fristansetzung durch den Richter gegeben. Gleiches hätte bei OR 38 geschehen sollen. Indessen steht es zweifelsohne dem kantonalen Gesetzgeber frei, in der Zivilprozeßordnung zu bestimmen, daß auch im Falle Art. 38 die Frist auf Begehren des Dritten durch den Richter angesetzt werden könne. In diesem Sinne ging der zürcherische Gesetzgeber vor. Vgl. § 391 Ziff. 1 ZPO.

an den abgeschlossenen Vertrag gebunden ist, bis der Vertretene eine Nichtgenehmigung zum Ausdruck bringt. Erst die Nichtgenehmigung zerstört die Gebundenheit, indessen die Genehmigung auch noch eine Gebundenheit auf Seiten des Vertretenen erzeugt.

Auch die Nichtgenehmigung kann sowohl ausdrücklich als durch schlüssige Handlungen geschehen. Es fragt sich einzig, als was ein absolutes Schweigen während der Frist auf Seiten des Vertretenen zu betrachten ist. Kann es vielleicht, in Anlehnung an den Satz »quid tacet consentire videtur« als eine Genehmigung ausgelegt werden? »Das Schweigen«, schreibt v. Tuhr[48]), »kann die Bedeutung einer Zustimmung haben; jedoch nur dann, wenn dem Schweigenden ein Widerspruch möglich und zuzumuten war. Daher kann z. B. die Nichtbeantwortung einer Offerte im allgemeinen nicht als Annahme gelten, denn niemand ist verpflichtet, auf unberufene Fragen zu antworten«. In unserem Beispiel kann dem Vertretenen unseres Erachtens eine Antwort sehr wohl zugemutet werden; sein Schweigen muß daher als eine Genehmigung des Vertrages zwischen dem Dritten und falsus procurator betrachtet werden. Unsere Ansicht steht jedoch im Widerspruch mit der Praxis. Das Bundesgericht führt in einem Entscheid (Bd. 23, 666) aus, das Stillschweigen sei als Nichtgenehmigung zu betrachten; es schreibt: ».... denn im allgemeinen kann jedenfalls nicht gesagt werden, daß derjenige, für welchen jemand ohne Ermächtigung mit einem Dritten einen Vertrag abschließt, unter dem Präjudiz der Genehmigung zur Abgabe einer Erklärung an den Dritten verpflichtet sein«. Dieser Ansicht schlossen sich auch die Kommentare (Oser Art. 38, VI 3b und Becker II) ohne weiteres an.

[48]) v. Tuhr, Allg. Teil des OR, S. 141.

Es steht, wie wir sahen, im freien Ermessen des Vertretenen, ob er das vom falsus procurator mit dem Dritten abgeschlossene Rechtsgeschäft genehmigen will oder nicht. In einem einzigen Fall besteht keine Genehmigungsfreiheit für den Vertretenen. Dann nämlich, wenn das vom Vertreter abgeschlossene Rechtsgeschäft im Interesse des Vertretenen war. Dann kommt dem Vertreter gegenüber dem Vertretenen die Stellung eines neg. gestor zu und der Vertretene ist daher de lege verpflichtet (OR 422), den Vertreter von den übernommenen Verbindlichkeiten zu befreien, d. h. das mit dem Dritten abgeschlossene Geschäft zu übernehmen. Es steht hier nicht in seinem freien Ermessen, ob er in die Verbindlichkeit eintreten wolle oder nicht. Art. 422 ist unseres Erachtens eine lex specialis und als solche geht sie dem Art. 38 OR vor. Es sei hier aber nochmals hervorgehoben, daß die Genehmigungsfreiheit nur dann dahinfällt, wenn, wie Art. 422 sagt, »die Übernahme einer Geschäftsbesorgung durch das Interesse des Geschäftsherrn geboten war«. In allen andern Fällen kommt Art. 38 zur Anwendung und es besteht dann eine absolute Genehmigungsfreiheit. v. Tuhr möchte dem Dritten in keinem Falle das Recht der Berufung auf Art. 422 einräumen[49]). Die Genehmigungsfreiheit soll nach seiner Ansicht immer bestehen und falls die Genehmigung verweigert wird, soll der Vertreter, wenn er vom Dritten auf Grund von Art. 39 belangt wird, gegen den Vertretenen gemäß Art. 422 Regreß nehmen können. Mithin läßt v. Tuhr die Bestimmung über die Geschäftsführung ohne Auftrag doch zur Anwendung gelangen, jedoch erst auf einem Umwege. Die beiden dargetanen Ansichten zeitigen nicht das gleiche Endresultat. Wohl wird der Vertretene bei

[49]) v. Tuhr, l. c., S. 320 und Fußnote 20.

Anwendung der Normen über die Geschäftsführung ohne Auftrag zur Übernahme des abgeschlossenen Geschäftes verpflichtet und bei Herbeiziehung der Bestimmungen über den falsus procurator geht seine Verpflichtung, wie v. Tuhr meint, auf Zahlung einer Regreßsumme. Wenn sich aber der Vertreter von der Schadenersatzleistung durch Ersetzung der ihm in OR 39 gegebenen Einreden befreien kann, so wird auch der Vertretene vor dem Regreß des falsus procurator bewahrt und er kommt ohne jede Verpflichtung davon, trotzdem das Geschäft in seinem Interesse war. Bei der Durchführung unserer Ansicht dagegen hat er immer, d. h. wenn die Voraussetzungen von Art. 422 vorliegen, die eingegangenen Verpflichtungen zu übernehmen. Diese Schlechterstellung wird dadurch bewirkt, daß unseres Erachtens Art. 422 eine Spezialnorm darstellt und daher dem Art. 39 OR vorgeht.

c) Das Verhältnis zwischen Drittem und falsus procurator.

Der Dritte, mit dem der falsus procurator in geschäftliche Beziehungen tritt, darf von der Vollmachtlosigkeit desselben keine Kenntnis haben. Er muß im Glauben sein, ein unbedingtes Rechtsgeschäft, d. h. ein solches, dessen Wirkungen nicht erst von einer Genehmigung des Vertretenen abhängig sind, abzuschließen. Anderseits muß sich der falsus procurator vollkommen als Stellvertreter benehmen. Ob ihm dabei seine Vollmachtlosigkeit bekannt ist oder nicht, ändert in seinem Charakter als falsus procurator nichts. Es hat lediglich einen Einfluß auf seine Haftung.

In erster Linie ist zu untersuchen, welche Rechtsgeschäfte der falsus procurator abschließen kann. Kann er wirklich nur den Abschluß von Verträgen, wie in OR 38 hervorgehoben wird, vornehmen?

Die Beschränkung der Stellvertretung auf den Abschluß von Verträgen (OR 32—38) ist ohne Zweifel noch ein Überrest aus der Gedankenwelt des gemeinen Rechtes. Die ältere gemeinrechtliche Literatur berücksichtigt nämlich nur den Fall der Stellvertretung bei Verträgen. Mitteis war einer der ersten, der sich mit der Frage über die Anwendung der Stellvertretung auch bei andern Rechtsgeschäften einläßlich befaßte[50]). Die Lösung der Frage, ob nach schweizerischem Recht die Stellvertretung einzig zulässig sei bei Abschluß von Verträgen, gibt Art. 7 ZGB. Hiernach kommen die Bestimmungen über die Stellvertretung auch auf andere zivilrechtliche Verhältnisse zur Anwendung. Insbesondere ist auch bei Abschluß von einseitigen Rechtsgeschäften Stellvertretung zulässig[51]). Aber auch bloße Willensäußerungen, wie z. B. Offerten, können durch einen Stellvertreter erfolgen. Außerdem spielt die Stellvertretung und damit auch die vollmachtlose Stellvertretung eine Rolle bei dinglichen Verträgen und bei rechtsgeschäftsähnlichen Handlungen. Unter den letztern versteht man Rechtshandlungen, die außerhalb des Begriffes der Rechtsgeschäfte liegen[52]), wie z. B. Mahnung, Fristansetzung.

Dieser Ausdehnung der Sätze über Stellvertretung und falsus procurator steht anderseits eine Einschränkung entgegen. Bei gewissen Geschäften ist die Stellvertretung absolut unzulässig, so z. B. bei der Eheschließung, bei

---

50) Mitteis, Die Lehre von der Stellvertretung, S. 78 und 84.

51) Nicht so BGB § 180.

52) v. Tuhr, loc. cit., S. 153. Oser, Kommentar, S. 12.

der letztwilligen Verfügung und beim Erbvertrag[53]). Hier handelt es sich um die Wahrung höchst persönlicher Rechte und Interessen und deshalb schließt das Gesetz eine Vertretung aus.

Es ist fraglich, ob nach OR eine Vertretung beim Kontrahieren mit sich selbst zulässig sei. Stellvertreter und Dritter sind in diesem Falle die gleiche Person. BGB § 181 verbietet die Vertretung beim Selbstkontrahieren. Nicht so österreichisches BGB und Code civil. Im Prinzip ist dort die Stellvertretung beim Selbstkontrahieren zulässig. Über die Zulässigkeit der Stellvertretung beim Selbstkontrahieren schweigt das OR. Wie wir jedoch glauben, steht derselben nichts im Wege, es sei denn, es stehe ein Interesse des Vertretenen entgegen[54]).

Im gemeinen Recht tauchte die Frage auf, ob der zwischen dem Dritten und dem falsus procurator abgeschlossene Vertrag durch einseitige Willenserklärung von einem der Kontrahenten oder durch Abschluß eines andern Vertrages wieder aufgehoben werden könne, ehe der Vertretene den ersten Vertrag genehmigt hat. Diese Streitfrage fand denn in den spätern Gesetzen ihren Niederschlag. Das österreichische BGB normiert ausdrücklich, daß bis zur Genehmigung der andere Teil nicht zurücktreten könne. Steht mithin dem Dritten nach österreichischem BGB kein einseitiges Rücktrittsrecht zu, so ist es in der österreichischen Wissenschaft bestritten, ob ein Aufhebungsvertrag zwischen dem Dritten und dem Vertreter Gültigkeit habe. Den gleichen

---

[53]) Beim Erbvertrag ist Stellvertretung nur auf Seiten des Erblassers unzulässig; der Gegenkontrahent kann sich dagegen vertreten lassen.

[54]) Vgl. Oser, Art. 33, III. 6. — Vgl. Becker, Art. 33, II.

Zustand trifft man in der französischen Wissenschaft. Die herrschende Meinung geht dort dahin, ein Aufhebungsvertrag sei ungültig[55]). Im deutschen BGB wird dem Dritten ausdrücklich ein einseitiges Widerrufsrecht eingeräumt. Dies unter der Voraussetzung, daß er nicht bösgläubig sei, d. h. vom Mangel der Vertretungsmacht keine Kenntnis habe zur Zeit des Vertragsabschlusses (§ 178). Über die Zulässigkeit eines Aufhebungsvertrages besteht dagegen auch in der deutschen Wissenschaft Streit[56]). Das OR enthält weder über das einseitige Rücktrittsrecht noch über den Abschluß eines Aufhebungsvertrages zwischen dem Dritten und dem falsus procurator eine Bestimmung. Wir wiesen bereits bei der Darstellung des Verhältnisses zwischen dem Dritten und dem Vertretenen (S. 26 ff.) auf die von Goldschmid vertretene Ansicht, der Dritte könne sich dann durch einseitige Erklärungen vom Vertrage befreien, wenn er über den Mangel der Vollmacht in Unkenntnis war. Goldschmid blieb bis dahin der einzige, der für ein freies Rücktrittsrecht des Dritten eintrat. Unsere abweichende Meinung zu dieser Ansicht haben wir auf Seite 34—36 dieser Arbeit kundgetan. Aber auch ein nachträglich zwischen Drittem und falsus procurator abgeschlossener Aufhebungsvertrag äußert nach OR keine Wirkung. Die Bestimmung im OR, daß der Dritte bis zur Genehmigung resp. Nichtgenehmigung an den Vertrag gebunden sei, spricht klar gegen einen Aufhebungsvertrag. Die vom Gesetz vorgesehene Gebundenheit gegenüber dem Vertretenen kann nicht durch einen Vertrag zwischen dem falsus procurator und dem Dritten beseitigt werden.

---

[55]) Laurent, loc. cit., Bd. 15, No. 538, und Bd. 20, No. 321.

[56]) Vgl. Hs. Friedeberg, Die Verfügungsmacht des vollmachtlosen Stellvertreters über abgegebene Willenserklärungen, Greifswald 1914.

IV.

Die Haftung des falsus procurator.

a) Allgemeines über die Haftung.

Was geschieht mit dem vom falsus procurator abgeschlossenen Vertrag, wenn er vom Vertretenen nicht genehmigt wird? Aus Art. 39 OR geht mit aller Deutlichkeit hervor, daß durch die Nichtgenehmigung das abgeschlossene Rechtsgeschäft dahinfällt, d. h. von Anfang an als unwirksam zu betrachten ist[57]). Es bleibt nicht, wie viele Gesetze vorsehen, zwischen dem Dritten und falsus procurator bestehen, so daß der falsus procurator zur Erfüllung desselben angehalten werden kann. Das OR sieht nur in einem einzigen Falle die Aufrechterhaltung des abgeschlossenen Rechtsgeschäftes vor, nämlich beim Wechsel (OR 821). Derjenige, der einen Wechsel ohne Vollmacht im Namen eines andern unterzeichnet, wird vom Gesetz als haftbar erklärt. Er hat den Wechselvertrag genau so zu erfüllen wie es der angebliche Vollmachtgeber zu tun hätte, wenn er eine Vollmacht erteilt hätte[58]).

Aus dem Dahinfallen des Rechtsgeschäftes wird aber dem Dritten in den meisten Fällen ein Schaden entstehen.

---

[57]) Das BGB läßt den Vertrag nicht ohne weiteres dahinfallen. Es gibt dem Dritten die Möglichkeit, vom falsus procurator die Erfüllung des Vertrages zu verlangen (BGB § 179). Dagegen lassen Code civil (§ 1998) und das österreichische BGB (§ 1016) das Rechtsgeschäft gleichfalls durch die Nichtgenehmigung unwirksam werden. Zum Code civil vgl. aber Aubry-Rau, Cours de droit civil français, Bd. 4, IV. Auflage, S. 726.

[58]) Näheres vgl. Seite 51 ff. dieser Arbeit.

Es fragt sich nun, an wen er sich zur Deckung dieses Schadens halten kann. Die Antwort liegt nicht fern. Obgleich eigentlich der Vertretene durch seine Nichtgenehmigung das Dahinfallen des Vertrages bewirkt hat, so kann er trotzdem nicht als Haftender in Betracht kommen. Vielmehr soll der falsus procurator, der durch sein Verhalten das Entstehen des Rechtsgeschäftes verursacht hat und damit auch die schädigende Möglichkeit des Dahinfallens desselben wegen Nichtgenehmigung in die Welt gesetzt hat, belangt werden können. Diesen Weg hat das O R in der Tat beschritten. Es bestimmt, daß »derjenige, der als Stellvertreter gehandelt hat, auf Ersatz des aus dem Dahinfallen des Vertrages erwachsenen Schadens belangt« werden könne. Ebenso überbindet der Code civil dem falsus procurator die Haftung für den entstandenen Schaden. Immerhin ist in der französischen Rechtswissenschaft diese Haftung nicht ganz unbestritten. Laurent z. B. glaubt, der falsus procurator hafte nicht für den Schaden, sondern habe den Vertrag zu erfüllen[59]). Anderseits wird in der französischen Doktrin auch dargetan, daß, wenn der falsus procurator auf Schadenersatz hafte, er dies auf alle Fälle nur dann tue, wenn ihn ein Verschulden treffe. Auf das Verschulden stellt auch das österreichische BGB ab (§ 1296)[60]).

b) Rechtsgrund der Haftung.

Die juristische Begründung der Haftung des falsus procurator stieß stets auf Schwierigkeiten. Es fehlt daher

[59]) Laurent, loc. cit., Bd. 28, No. 45.

[60]) Vgl. hiezu Krainz, System des österreichischen allgemeinen Privatrechtes, Bd. 2, I, S. 298, und Hasenöhrl, Das österreichische Obligationenrecht, Bd. 1, S. 388.

nicht an Theorien, die sich mit diesem Problem beschäftigen. Schon das gemeine Recht wies eine große Zahl solcher Theorien auf. Man könnte fast sagen: so viele Köpfe, so viele Theorien! Wir können es nicht unternehmen, diese Ansichten jener Zeit hier zu entwickeln und müssen daher von der Wiedergabe der diesbezüglichen Theorien Iherings, Puchtas, Windscheids, Savignys und Zimmermanns absehen. Auch zum geltenden OR fehlt es nicht an Theorien über den Grund der Haftung des falsus procurator. Leider gab schon das alte OR, wie nun auch das revidierte, keinen oder nur ganz ungenügenden Aufschluß über den Rechtsgrund der Haftung. Immerhin ist zu bemerken, daß das revidierte OR dadurch, daß es bei der Haftung zwischen einem schuldhaft oder nicht schuldhaft handelnden falsus procurator unterscheidet, in einem gewissen Maß zur Erleichterung der Lösung des Problems beigetragen hat. Auf alle Fälle bewirkt es ein Ausscheiden der alten Theorie, gemäß welcher der falsus procurator deshalb haftete, weil er eine unerlaubte Handlung begangen hatte. Gerade diese Deliktstheorie blühte, wohl unter dem Einfluß des französischen Rechtes, zur Zeit des alten OR. Im Entwurf von 1905 zum OR befand sich bei der Norm über die Haftung des falsus procurator eine Verweisung auf die Normen über die unerlaubten Handlungen. Im revidierten OR wurde dieser Hinweis weggelassen und dies kann gleichfalls als ein Argument gegen die Deliktstheorie betrachtet werden. Es hat sich auch kein Autor, der sich seither mit dem schweizerischen OR befaßte, für die Deliktstheorie ausgesprochen. »Die Haftung«, schreibt Oser[61], »beruht nicht notwendigerweise auf unerlaubter Handlung, denn die Haftung kann eintreten,

[61]) Oser, Kommentar zu Art. 39, IV, 2.

abgesehen vom Verschulden, z. B. gerade gemäß Art. 39,1 und wo ein Verschulden Voraussetzung ist, wäre die besondere Festsetzung der Haftung nicht nötig gewesen, wenn sie ohne weiteres aus den Bestimmungen über unerlaubte Handlungen folgen würde ....« Mithin lehnt Oser die Deliktstheorie ab. Aber auch die Vertragstheorie, wonach die Haftung auf Vertrag beruht, kann er nicht billigen, »denn«, schreibt Oser ganz richtig, »der Vertrag kommt ja nicht zustande oder fällt dahin«. Trotzdem aber Oser die Deliktstheorie ablehnt, so meint er doch, daß die ganze Haftung des falsus procurator mehr Ähnlichkeit habe mit der Deliktshaftung als mit der Vertragshaftung und daß sie daher den Bestimmungen über unerlaubte Handlungen (OR 41 ff.) unterliege. Auf einen andern Boden stellt sich Becker[62]). Er ist der Meinung, die Haftung sei vertragsähnlicher Natur; sie gründe sich auf einen unvollkommenen Vertragstatbestand. Indessen glaubt Marcusen[63]), die Haftung des falsus procurator mit dem Hinweis auf einen stillschweigenden Garantievertrag begründen zu können. Rabel[64]) bezeichnet die Haftung des falsus procurator als ein Residuum des scheiternden Rechtsgeschäftes. Er steht somit gleichfalls auf dem Boden der Vertragstheorie. v. Tuhr scheint es richtiger, im Verhalten des vollmachtlosen Vertreters einen (wenn auch unverschuldeten) Verstoß gegen die (quasi kontraktlichen) Pflichten zu sehen, welche durch den Eintritt in Ver-

---

62) Becker, Kommentar zu Art. 39, 2.

63) Marcusen, Das negative Vertragsinteresse im schweizerischen Obligationenrecht, Bd. 26, Zeitschrift des bern. Juristenvereins 1899, S. 167.

64) Rabel, Der sogenannte Vertrauensschaden im schweizerischen Obligationenrecht, Bd. 49 Zeitschrift f. schweizerisches Recht, S. 325.

tragshandlungen entstehen. Er stellt somit die Handlung des falsus procurator in eine Linie mit der culpa in contrahendo, d. h. mit dem Verstoß gegen die Pflichten der Vertragsparteien beim Abschluß des Vertrages. Ohne Zweifel besteht für einen falsus procurator die Pflicht, seiner Gegenpartei über die Tatsache der Vollmachtlosigkeit Aufschluß zu geben; unterläßt er dies, so macht er sich einer culpa in contrahendo schuldig. Ist ihm die Machtlosigkeit selbst nicht bewußt und kann er daher seiner Aufklärungspflicht nicht nachkommen, so kann dies dennoch als ein Verstoß gegen seine Pflicht angesehen werden. Und dieser Verstoß gibt die Grundlage für die Haftung ab. Gegen die v. Tuhr'sche Theorie über den Rechtsgrund der Haftung des falsus procurator läßt sich, so viel wir sehen, nichts wesentliches vorbringen, und sie scheint uns richtig zu sein. — Letzten Endes ist der Streit über den Rechtsgrund der Haftung nicht nur ein müßiger theoretischer Streit, sondern er führt praktische Konsequenzen im Gefolge. Es ist daher keineswegs gleichgültig, welcher Ansicht man beitritt. Huldigt man z. B. der Deliktstheorie, so kommen betreffend Verjährung der Haftung die kurzen Fristen des Art. 60 OR in Betracht. Stellt man sich auf den Boden, den v. Tuhr betreten hat, so finden diese kurzen Verjährungsfristen keine Anwendung (es ist Art. 127 OR maßgebend). Eine weitere Konsequenz der Deliktstheorie liegt darin, daß ein handlungsunfähiger falsus procurator haftet, indessen bei der Theorie von v. Tuhr die Handlungsunfähigkeit die Haftung beseitigt, es sei denn, der gesetzliche Vertreter habe der Handlung zugestimmt (ZGB 19). Eine weitere Wirkung der Anwendung der v. Tuhr'schen Theorie besteht darin, daß — wie v. Tuhr schreibt — »der Vertretene für Vollmachts-

überschreitungen seiner Angestellten nach Analogie des Art. 101 OR haftbar werden kann«.

c) Umfang der Haftung.

Daß der falsus procurator, wenn die Genehmigung abgelehnt wird, vom Dritten auf Schadenersatz belangt werden könne, haben weder das alte OR noch das revidierte OR versäumt, klar festzusetzen. Über das Bestehen einer Haftung auf Schadenersatz entstanden nie divergierende Meinungen. Dagegen bildete die Frage nach dem Umfange des Schadenersatzes seit den ersten Tagen des OR einen hart umstrittenen Punkt. Dies einzig deshalb, weil der Gesetzgeber es leider unterließ, bei der Formulierung des Satzes über den Umfang der Schadenersatzpflicht die nötige Klarheit walten zu lassen. Im alten OR Art. 48 bestimmte er lediglich, daß der falsus procurator »auf Schadenersatz« belangt werden könne[65]). Im revidierten OR wollte sich der Gesetzgeber einer größern Genauigkeit befleißen und er normierte eine Haftung auf »Ersatz des aus dem Dahinfallen des Vertrages erwachsenen Schadens«. Wurde dadurch die Situation verbessert? Art. 39 OR ist nicht der einzige Ort, wo der Gesetzgeber den Ausdruck »aus dem Dahinfallen des Vertrages ....« verwendet hat. Wir wollen hier nicht alle Gesetzesstellen aufzählen, in denen dieser Ausdruck vorkommt, sondern lediglich auf zwei Stellen verweisen, nämlich auf die Art. 26 und 109 OR. Auch dieser neue Ausdruck gab in der Wissenschaft Anlaß zu Kontraversen. Man fragte sich, ob er die Bedeutung

---

[65]) »Es war«, schreibt Oser, Kommentar Art. 39 OR, Bem. IV, 1., »nach dem Wortlaut des Art. 48 a OR streitig, ob unter dem Schaden das Erfüllungsinteresse oder negatives Vertragsinteresse gemeint sei«.

des negativen Vertragsinteresses in sich schließe. So wird noch in einem jüngsten Werk über das schweizerische Privatrecht, nämlich im v. Tuhr'schen Buch »Über den allgemeinen Teil des OR« gesagt, »daß das OR in Art. 26 und 39 *ungenau* vom Schaden, der aus dem Dahinfallen des Vertrages erwächst«, spreche. Der gesetzliche Terminus sei deshalb ungenau, weil beim Dahinfallen des Vertrages der Gläubiger auch das verliere, was er bei Erfüllung des Vertrages erhalten hätte[66]). Der Verfasser fügt aber dann bei, »man könne in diesen Fällen das negative Interesse als Vertrauensschaden bezeichnen«. Aber auch die Kommentare zum OR betonen, daß unter »dem Dahinfallen des Vertrages« das negative Vertragsinteresse zu verstehen sei[67]). Mithin kann gesagt werden, die Bezeichnung »aus dem Dahinfallen des Vertrages entstandenen Schaden« sei der Ausdruck des OR für das negative Vertragsinteresse[68]). In all den betreffenden Gesetzesstellen ist daher ein Ersatz des negativen Vertragsinteresses statuiert. Was aber bedeutet das negative Vertragsinteresse? In der Doktrin wird erklärt, derjenige, der das negative Vertragsinteresse zu leisten habe, habe den Gegenkontrahenten so zu stellen, wie wenn er (der Gegenkontrahent) nie mit ihm in Berührung gekommen wäre. In diesem Sinne definiert auch v. Tuhr[69]) negatives Vertragsinteresse ist der Schaden, den jemand

---

[66]) v. Tuhr, loc. cit., S. 71, Bd. 1, und vgl. die Botschaft zum revidierten OR, 1909, S. 12.

[67]) Oser, Kommentar zu Art. 26, III.

[68]) Nicht mit Unrecht betont Oser, daß der neue Wortlaut im OR den Anspruch des Dritten so wenig in einer klaren und jeden Zweifel ausschließender Weise umschreibe, als es das Wort »Schadenersatz« in Art. 48 des alten OR getan habe. Oser, Kommentar zu Art. 39, IV.

[69]) loc. cit., § 12, IV, 2.

infolge des Abschlusses eines Vertrages erleidet, d. h. nicht erlitten hätte, wenn der Abschluß des Vertrages unterblieben wäre. Ähnlich sagt Oser zu Art. 39 (Bem. IV, 1): »Unter dem negativen Vertragsinteresse wäre hier zu verstehen, der Schaden, den der Dritte dadurch erlitten, daß er den Angaben des Vertreters Glauben geschenkt, von dem er also verschont geblieben wäre, wenn er nur den Mangel der Vollmacht gekannt und infolgedessen mit ihm nichts zu tun gehabt hätte, im Gegensatz zum Schaden, der ihm daraus erwächst, daß der Vertrag nicht vereinbartermaßen zur Ausführung gelangte (dem positiven Vertragsinteresse oder Erfüllungsinteresse)[70]).

Muß der gesetzliche Ausdruck »aus dem Dahinfallen des Vertrages« als ein Hinweis des negativen Vertragsinteresses gedeutet werden, so ist man auch befugt, den im OR ebenfalls vorkommenden Ausdruck »Ersatz weiteren Schadens ....« als positives Vertragsinteresse zu erklären. Diese beiden Ausdrücke hat der schweizerische Gesetzgeber beim falsus procurator verwendet. Wenn nun auch über diese beiden Ausdrücke einigermaßen Klarheit besteht, so kann man sich doch fragen, ob nicht de lege ferenda die von Ihering geschaffenen und schon seit etwa 1870 in der Wissenschaft abgeklärten Ausdrücke »positives und negatives Vertragsinteresse« verwendet werden sollten.

d) Die Haftung des falsus procurator ohne Verschulden.

Das alte OR, zu dessen Bestimmung für den falsus

[70]) Zur Frage, was alles zum negativen Vertragsinteresse gehöre, verweisen wir auf den folgenden Abschnitt.

procurator § 954 des zürcher. Gesetzbuches offensichtlich das Vorbild gab, unterscheidet bei der Haftung des falsus procurator nicht zwischen dem schuldhaft und ohne Schuld handelnden Stellvertreter. Es anerkennt kurzerhand eine Haftung sine culpa. Erst das revidierte OR hat die Unterscheidung zwischen schuldlos und schuldhaft handelndem Stellvertreter eingeführt, indem es in Abs. 2 des Art. 39 ausdrücklich vom Verschulden des Vertreters spricht[71]). Daraus ergibt sich ohne weiteres, daß sich die in Abs. 1 des genannten Artikels statuierte Haftung nur auf den schuldlosen falsus procurator beziehen kann. Das Verschulden bildet somit keine Voraussetzung für das Entstehen des Schadenersatzanspruches. Der Umfang des Schadenersatzes, den der schuldlose Stellvertreter zu leisten hat, wird durch den gesetzlichen Hinweis auf den aus dem Dahinfallen des Vertrages erwachsenen Schaden umschrieben. Über die Deutung, die diesem Wortlaut in der schweizerischen Doktrin und Praxis gegeben wird, haben wir uns bereits oben ausgesprochen: Der falsus procurator hat das negative Vertragsinteresse zu leisten. Dasselbe besteht laut einem Entscheid des Bundesgerichtes (BG Praxis 1919 No. 14) in dem Schaden, den der Dritte durch das falsche Vertrauen auf die Gültigkeit des Vertrages erleidet. Aus welchen verschiedenen Posten sich die Höhe des Schadenersatzes zusammensetzt, ergibt sich in jedem einzelnen Fall; auf alle Fälle sind zu berechnen die Kosten der Erfüllung (Transport für Besitzübertragung), die Kosten des Vertragsabschlusses und die Kosten gemachter Aufwendungen, dagegen dürfen nicht zugezählt

---

[71]) Code civil läßt den falsus procurator nur dann haften, wenn ihm entweder eine Unvorsichtigkeit oder Nachlässigkeit zur Last fällt. Duranton, Bd. 18, No. 237.

werden: der entgangene Gewinn und Auslagen, die gemacht werden, ehe die Akzeptation des andern Teiles eingeht[72]).

Wie das BGB § 179, so gibt auch das OR dem falsus procurator die Möglichkeit, sich von der Haftung zu befreien. Dieses Ziel erreicht er durch den Nachweis, daß der Dritte vom Mangel der Vollmacht Kenntnis hatte oder haben sollte, also bösgläubig war. Der böse Glaube ist vom falsus procurator zu beweisen und es streitet für den guten Glauben auf Seiten des Dritten die in ZGB Art. 3 aufgestellte Präsumtion. Auf welche Weise der Dritte zur Kenntnis über das Fehlen der Vollmacht gelangt, ist gleichgültig. Es ist keineswegs nötig, daß er durch das Verhalten oder durch ausdrückliches Eingestehen des falsus procurator die Kenntnis erwarb. Der Kenntnis ist das Kennensollen, d. h. die Nichtkenntnis infolge Fahrlässigkeit, gleichzusetzen. Welches Verhalten auf Seiten des Dritten diesem als Fahrlässigkeit zugeschrieben werden kann, ob z. B. schon das Unterlassen, die Vorlegung der Vollmachtsurkunde zu verlangen, eine Fahrlässigkeit darstelle, hängt von den einzelnen Umständen des betreffenden Falles ab. Soviel steht fest, daß für den Dritten keine besondere Erklärungsfrist betreffend der Vollmacht besteht. »Das Kennenmüssen«, schreibt Goldschmid (S. 158), »deutet nicht auf eine Erkundigungspflicht, sondern vielmehr auf die Pflicht, die *vorliegenden* Umstände wahrzunehmen, denn sobald zum Kennen ein Handeln aus eigener Initiative notwendig wird, kann man nicht mehr von einem Kennenmüssen reden«.

---

[72]) Nähere Einzelheiten über die Berechnung vgl. bei Rabel, loc. cit., S. 292 ff.

können, das abgeschlossene Rechtsgeschäft zu übernehmen. Will der Vertretene von einer Genehmigung nichts wissen, so kann sich unser bösgläubige Dritte, wie gesagt, nicht an den Vertreter (mangels einer bessern Bezeichnung müssen wir ihm diesen Namen geben, obgleich er weder Vertreter noch falsus procurator ist) halten. Möglicherweise kann aber der Dritte den Beweis erbringen, daß der für ihn bewußt ohne Vollmacht Handelnde das Rechtsgeschäft in eigenem Namen abschloß. Alsdann wird er ihn auf Erfüllung belangen können.

Nach dieser Feststellung, daß der schuldlos ohne Vertretungsvollmacht Handelnde bei Kennen oder Kennensollen der Vollmachtlosigkeit auf Seiten des Dritten nicht die Stellung eines falsus procurator innehabe, bleibt noch zu untersuchen, ob der schuldhaft ohne Vollmacht Handelnde (OR Art. 39, 2) bei der gleichen Situation (Wissen auf Seite des Dritten) eventuell als falsus procurator zu betrachten sei. Auch diese Frage muß unseres Erachtens verneint werden. Ob schuldhaft oder schuldlos ohne Vollmacht gehandelt wird, — stets wird der böse Glaube des Dritten dem Handelnden den Charakter eines falsus procurator nehmen. Mithin stellt auch der schuldhaft Handelnde dann keinen falsus procurator dar, wenn der Dritte von seiner Vollmachtlosigkeit Kenntnis hatte oder hätte haben sollen. Es fragt sich nunmehr: Darf sich der schuldhaft Handelnde der Einrede betreffend Kennen oder Kennensollen bedienen? Einen triftigen Grund gegen die Zulässigkeit einer solchen Einrede können wir nicht erkennen. Wenn bewiesen wird, daß der Dritte bösgläubig war, so muß der Richter dies berücksichtigen, genau wie im Falle 39, 1, die Klage des Dritten auf Schadenersatz abweisen. Aber auch hier steht

dem Dritten unter Umständen der Weg offen, den Vertreter als Handelnden in eigenem Namen auf Erfüllung des Kontraktes zu belangen.

Ist indessen der Dritte gutgläubig oder gelingt dem Pseudovertreter der Nachweis des bösen Glaubens nicht, so haftet der letztere wie bereits betont auf das positive Vertragsinteresse. Vielleicht kann aber der Vertreter den Nachweis eines Mitverschuldens auf Seiten des Dritten beim Abschluß des Geschäftes erbringen. Alsdann kann der Vertreter gestützt auf OR 44 eine Reduzierung der Ersatzpflicht bewirken[73]).

[73]) Vgl. BGE, 27, 2, S. 210, E. 8.

V.

Die Forderung aus ungerechtfertigter Bereicherung.

»In allen Fällen bleibt die Forderung aus ungerechtfertigter Bereicherung (62 ff.) vorbehalten«. So bestimmt das OR in Art. 39, 3. Es fragt sich, ob diese schon im alten OR (Art. 49) vorkommende Bestimmung nicht überflüssig sei »Dies — nämlich die Haftung aus ungerechtfertigter Bereicherung — ergibt sich schon«, schreibt Reichel[74]), »aus allgemeinen Grundsätzen, wird aber überdies ausdrücklich bestätigt durch OR 39, 3«. Als lediglich Bestätigung dessen, was sich aus andern Gesetzesbestimmungen ergibt, muß 39, 3 OR als nicht absolut notwendig betrachtet werden[75]).

Prima vista könnte man glauben, OR 39, 3 befasse sich lediglich mit dem Verhältnis des falsus procurator zum Dritten. Genaues Hinsehen ergibt jedoch, daß neben dem genannten Verhältnis auch dasjenige zwischen dem Dritten und dem Vertretenen in Betracht kommt. Sowohl der falsus procurator als auch der Vertretene können vom Dritten bereits eine Leistung erhalten haben und mithin beim Dahinfallen des Vertrages ungerechtfertigt bereichert werden. Alsdann steht dem Dritten

---

[74]) S. J. Z., 16, S. 37.

[75]) Weil der Anspruch auf ungerechtfertigte Bereicherung dem Dritten eo ipso zusteht, so hat z. B. das BGB von einem ausdrücklichen Hinweis abgesehen.

die Befugnis zu, von dem ungerechtfertigt Bereicherten Rückgabe des Geleisteten zu verlangen. Diese Befugnis hat er neben der Schadenersatzklage gegen den falsus procurator, jedoch muß der Schadenersatz um den Wert des Zurückgeleisteten vermindert werden. Es besteht eine Klagenkonkurrenz: »Was er von einem erhält, muß er sich auf der Forderung des andern anrechnen lassen[76]). Die Klage auf Rückgabe der ungerechtfertigten Bereicherung ist bekanntlich obligatorischer Natur[77]). Nicht der Besitz der Sache ist zurückzugeben, sondern es handelt sich um die Wiederverschaffung des Eigentums[78]). Dadurch unterscheidet sich die Bereicherungsklage von der Vindikation. Mit Recht schreibt v. Tuhr[79]): »Für die Rückforderung einer übergebenen Sache wird zunächst nicht die Bereicherungsforderung, sondern der Eigentumsanspruch in Betracht kommen. Denn die Sache, welche der Dritte dem Vertretenen zuwenden wollte, ist mangels Vollmacht nicht in das Eigentum des Vertretenen gelangt und daher im Eigentum des Dritten geblieben.« Als nichtbesitzender Eigentümer kann der Dritte vorerst die Eigentumsklage gegen den besitzenden Nichteigentümer, nämlich den falsus procurator oder den Vertretenen, erheben. Erst wenn es sich herausstellt, daß die Sache nicht mehr im Eigentum des Dritten steht, sondern daß sie verbraucht oder wirksam veräußert wurde, tritt an Stelle der Vindikation ein Bereicherungsanspruch.

Die Vindikationsklage versagt natürlich in jenem Falle, wo der Dritte die Sache direkt dem Vertretenen übergibt. Hier wird der Vertretene Eigentümer und der

---

[76]) Kommentar Becker zu Art. 39, IV.
[77]) Kommentar Becker, Vorbemerkung 3 vor Art. 62.
[78]) v. Tuhr, loc. cit., § 54, I.
[79]) v. Tuhr, loc. cit., § 45, II.

Dritte verliert seine Eigentumsstellung. Er kann daher nur noch mit der Klage aus ungerechtfertigter Bereicherung vorgehen.

Wie viel der ungerechtfertigt Bereicherte zurückzugeben hat, bestimmt sich nach OR Art. 64. Trotzdem er eventuell nicht mehr bereichert ist, hat er das, um das er seinerzeit bereichert wurde, zurückzuerstatten, wenn er anläßlich der Entäußerung des Bereicherungsertrages bösgläubig war. Auch bezüglich des Anspruches für gemachte Verwendungen ist OR 65 maßgebend.

VI.

Sonderfälle der Stellvertretung ohne Vollmacht.

Die in den Gesetzen geregelten Sonderfälle der Stellvertretung ohne Vollmacht sind nicht zahlreich. In den kantonalen Prozeßrechten läßt sich hin und wieder ein Hinweis auf den Prozeßvertreter ohne Vollmacht finden[80]). Diese vollmachtlose Stellvertretung beschlägt jedoch mehr das Gebiet des öffentlichen Rechtes und wir können daher von einer nähern Betrachtung derselben absehen.

Hingegen müssen wir uns mit einem andern Sonderfalle der Stellvertretung ohne Vollmacht befassen. Mit dem falsus procurator im Wechselrecht. Der schweizerische Gesetzgeber widmete diesem falsus procurator in Art. 821 eine besondere Norm.

Vorweg ist zu betonen, daß sich der Wechsel-falsus procurator nur in der schriftlichen Form betätigen kann. Sein Tun besteht darin, auf einen Wechsel eine Erklärung abzugeben und sie als Bevollmächtigter zu unterzeichnen, wobei ihm jedoch die Vollmacht fehlt. Die Wechselerklärung kann darin bestehen, daß er sich resp. seinen Namen entweder als Trassant oder als Akzeptant oder als Avalist oder endlich als Indossant auf den Wechsel hinsetzt und dabei zum Ausdruck bringt, daß er lediglich mit Vollmacht an Stelle und mit Vollmacht

[80]) Zürcher. ZPO, § 55.

eines andern handle. Nach OR 39 ff. würde ein dergestalt ohne Vollmacht Handelnder lediglich zu Schadenersatz verpflichtet, vorausgesetzt, daß der Vertretene die Handlung nicht genehmigt. Diese Vorschrift wäre für das an und für sich so strenge Wechselrecht viel zu milde. Der Gesetzgeber bestimmt daher auch, daß der Wechsel - falsus procurator für die abgegebene Erklärung genau gleich haftet, wie der angebliche Vollmachtgeber gehaftet haben würde, wenn die Vollmacht erteilt gewesen wäre. Mithin haftet der Wechsel - falsus procurator nicht auf Schadenersatz, sondern auf Erfüllung dessen, was er erklärt hat, und er hat alle wechselrechtlichen Folgen seiner Unterschrift zu tragen. Unterschreibt er z. B. als Wechsel-Indossant, so hat er einen eventuellen Wechselregreß auf Sicherstellung oder auf Zahlung zu erdulden. Setzt er seine Unterschrift als bevollmächtigter Akzeptant hin, so kann er auf Bezahlung der Wechselsumme plus eventuelle Auslagen für Protest etc. belangt werden. Ob er die Wechselerklärung mit oder ohne Bewußtsein seiner Vollmachtlosigkeit schuldhaft oder schuldlos abgegeben habe, spielt hier, im Gegensatz zum gewöhnlichen falsus procurator, bei der Frage nach der Haftung keine Rolle. Er kann sich auch nicht mit der Einrede, der Wechselinhaber habe seine Vollmachtlosigkeit gekannt oder hätte sie kennen sollen, von der Haftung befreien. Hat aber der Gegner den Mangel der Vertretungsbefugnis faktisch gekannt, so kann ihm der falsus procurator die Einrede der Arglist entgegen halten[81]). Indessen werden ihm aber, da er doch nach Gesetz die Stelle des angeblichen Vollmachtgebers einnimmt, alle Einreden, die diesem letztern zugestanden

---

[81]) Goetzinger, Komm., Note 8; vgl. auch Staub, Art. 95, Anmerkung 14.

hätten, zur Verfügung stehen[82]). Ob dem Wechselfalsus procurator auch die persönlichen Einreden des angeblichen Vollmachtgebers zustehen, ist fraglich. Goetzinger bejaht dies[83]). »Dafür«, schreibt er, »stehen ihm auch die Einreden aus der Person des vermeintlichen Vertretenen zu, da der Vertretene sich ja nicht für sich selbst, sondern nur den Vertretenen verpflichten wollte«. Daß der falsus procurator alle Einreden geltend machen kann, welche aus dem Wechselrecht selbst hervorgehen, ist nicht zweifelhaft, daß er aber auch die Einreden der Person des vermeintlichen Vertretenen besitzen solle, scheint uns zu weit gegangen. Obgleich er nach Gesetzesvorschrift genau wie der vermeintliche Vertretene haftet, so scheint es unseres Erachtens doch ungenügend zu sein, wenn er nur die Einreden aus dem Wechselrecht und seine persönlichen Einreden gegen den jeweiligen Kläger geltend machen kann.

Es bleibt noch die Frage zu untersuchen, wie der Wechsel vom falsus procurator unterschrieben sein muß, auf daß er aus der Unterschrift hafte. Genügt es, wenn er lediglich den Namen des vermeintlichen Vertretenen hinsetzt? Offensichtlich muß die Frage verneint werden. Es handelt sich in diesem Falle lediglich um eine Unterschriftsfälschung. Der Fälscher einer Unterschrift haftet, wie Goetzinger zu Art. 801 schreibt[84]), »für seine Person nicht wechselmäßig, weil sein Name nicht auf dem Wechsel steht; er kann aber nach den Grundsätzen über unerlaubte Handlungen herangezogen werden«. Damit der Wechsel-falsus procurator gemäß 821 OR haftet, muß er sowohl seinen Namen als auch den Namen des

82) Goetzinger, loc. cit., zu Art. 821, Note 6.

83) Über die Einreden aus dem Wechselrecht vgl. Art. 811 OR.

84) Goetzinger, loc. cit., zu Art. 801, Note 4.

Vertretenen auf den Wechsel setzen. Fehlt der Name des Vertretenen, so haftet zwar der falsus procurator, aber nicht nach Art. 821, sondern nach den allgemeinen Grundsätzen des Wechselrechtes. Fehlt indessen der Name des Vertreters, so haben wir bereits gesehen, daß weder der Vertreter noch der Vertretene haftet.

All die bis dahin genannten Grundsätze gelten nicht nur beim Fehlen einer Vollmacht, sondern auch beim Überschreiten der Vollmacht. Das Überschreiten der Vollmacht ist als ein teilweiser Vollmachtsmangel zu betrachten.

Im fernern ist noch die Frage zu erörtern, wie es sich verhält, wenn einer für einen andern ohne Vollmacht einen Scheck unterzeichnet. Im schweizerischen Scheckrecht findet man keine sich mit dem Scheck-falsus procurator befassende Norm. Indessen ist zu beachten, daß Art. 836 OR die Vorschrift enthält: »Die Bestimmungen über den gezogenen Wechsel gelten, soweit sie mit denjenigen dieses Titels nicht in Widerspruch stehen, auch für den Scheck«. Mithin hat Art. 821 und damit auch das über den Wechsel-falsus procurator Vorgebrachte, ohne weiteres auch Geltung für den Scheck-falsus procurator. Ein Widerspruch zwischen Art. 821 OR und den Normen über den Scheck (830 ff.) kann nicht gefunden werden.

Zum Schlusse haben wir uns noch mit einem weitern Spezialfall des Handelns ohne Vollmacht zu befassen. Es handelt sich um das Auftreten einer physischen Person für eine Aktiengesellschaft, die noch nicht ins Handelsregister eingetragen und somit noch keine Persönlichkeit erworben hat. Wer haftet für die Geschäfte, welche die physische Person im Namen der noch nicht zustande gekommenen Aktiengesellschaft abschließt? Da der

Aktiengesellschaft im Momente der Geschäftsabschlüsse die Persönlichkeit fehlt, so konnte sie dem Handelnden auch keine Vollmacht erteilt haben. Mithin stellt er ein falsus procurator dar. Der eidgenössische Gesetzgeber wollte jedoch von der Anwendung der sich mit dem falsus procurator allgemein befassenden Normen (Art. 38 ff. OR) auf diesen Fall absehen und er schuf in Art. 623 OR eine besondere Vorschrift, dergemäß die Handelnden persönlich und solidarisch haften. Dieser falsus procurator haftet somit nicht nur, wie der gewöhnliche falsus procurator, auf Schadenersatz, sondern auf *Erfüllung*, es sei denn, die Verpflichtung werde innerhalb dreier Monate nach der Eintragung von der Aktiengesellschaft übernommen (Art. 623, 3 OR)[85]).

Er gleicht in dieser Beziehung dem Wechsel-falsus procurator. Jedoch unterscheidet er sich von diesem besonders dadurch, daß er für eine noch gar nicht existente Person auftritt. Dies führt uns zur allgemeinen Frage, wie es zu halten sei, wenn jemand im Namen einer andern Person als einer Aktiengesellschaft, die nicht existent ist, handelt. Ist alsdann Art. 39 analog anzuwenden? v. Tuhr bejaht dies[86]). Auch das Bundesgericht ist in dem zitierten Entscheid dieser Auffassung beigetreten.

---

[85]) Mit einem solchen Fall befaßt sich der bundesgerichtliche Entscheid, Bd. 51, 2. 1925, No. 37, S. 212 ff.

[86]) v. Tuhr, loc. cit., S. 323.